

Essay Competition - ELSA NOVA Lisboa & ELSA Coimbra
Crimes contra a Humanidade

NEGACIONISMO HISTÓRICO

*Os limites da ação penal na negação de
genocídios e crimes contra a
humanidade*

Matilde Furtado Marques

INDÍCE

INTRODUÇÃO	1
O CASO GARAUDY V. FRANCE	2
O CASO PERINÇEK V. SWITZERLAND	3
CONCLUSÃO	5
BIBLIOGRAFIA	7
1. ACÓRDÃOS DO TEDH	7
2. ARTIGOS CIENTÍFICOS	7
3. LIVROS	9
4. DOCUMENTOS DA UE	9
5. TRATADOS	9
6. LEGISLAÇÃO	9
7. REDES SOCIAIS	10
LISTA DE ABREVIATURAS	10

INTRODUÇÃO

Negar genocídios e crimes contra a humanidade é uma forte ofensa para os sobreviventes, os seus descendentes, e todos aqueles que se preocupem com os direitos humanos. Há também outras consequências para este negacionismo, como a falta de respeito pelas vítimas dos mais horrendos crimes no caso de genocídio; e também o sofrimento de um elevado número de pessoas inocentes envolvidas nas variadas ofensas cobertas pelo título de crimes contra a humanidade.¹

Como resultado dessa negação, os potenciais infratores também serão mais facilmente encorajados a praticar atrocidades em massa. Se indivíduos e Estados não procurarem ativamente conservar a memória de erros passados, a sua inação envia um sinal de que genocídios e crimes contra a humanidade podem ser cometidos com uma forte possibilidade de silêncio histórico.

Atualmente, quer pelo fenómeno das redes sociais, quer pela propagação do discurso de ódio, tem-se vindo a desenvolver uma crescente banalização de informação. A nossa “peculiar” sociedade atual fortemente colabora com a cobertura de atrocidades em massa, culminando em uma população desinformada e um crescimento exponencial do negacionismo histórico. Como é possível lembrar - e dizer "nunca mais"- se não estamos informados em primeiro lugar?

Entre 1994 e 1995, enquanto muitos assistiam freneticamente ao julgamento de O.J. Simpson, o genocídio no Ruanda caía progressivamente no esquecimento da maioria da população mundial.² A negação histórica está, portanto, ligada precisamente à nossa sociedade moderna e à sua multitudine de irregularidades.

Como travar a evolução deste problema? Através do Direito Penal? Através de outros ramos da Lei? Ou através de uma atualização dos programas educativos em prática? Existe uma tendência permanente que aposta na criminalização, em pedir aos nossos juízes que preencham lacunas políticas; isto representa, naturalmente, um grave contratempo no âmbito de um sistema judicial justo, que deve evitar ao máximo que as

¹ Smith, R. (2010). Legislating against Genocide Denial: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?. *The University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 4(2), 128-137. P. 128.

² Chidiac, G. (2020). Trivialization of news creating a world of mediocrity. *Troy Media*.

emoções interferiram em um julgamento digno e imparcial. Centrarei a minha atenção nestas questões em relação ao fenómeno de negacionismo histórico em curso.

O CASO GARAUDY V. FRANCE

A minha investigação partiu, primeiramente, da análise da jurisprudência do TEDH. Acredito que o caso *Garaudy v. France*³, como um dos julgamentos mais notáveis na área do negacionismo histórico, seja a forma mais apropriada de começar.

Roger Garaudy, político francês e antigo guerrilheiro da Resistência na 2ª Guerra Mundial, submeteu ao TEDH um recurso da decisão dos tribunais franceses que consideravam que um dos seus livros negava o Holocausto e, por isso, a sua publicação precisava de ser suspensa. Garaudy declarou que não negou que os nazis tivessem cometido crimes contra a humanidade, e que a sua liberdade de expressão fora limitada, desproporcionalmente, pela atuação dos tribunais franceses.

O TEDH seguiu a linha de argumentação das autoridades francesas, e, invocando a sua própria casuística⁴, determinou que as proteções previstas no artigo 17.º da CEDH poderiam restringir o direito à liberdade de expressão concedido nos termos do artigo 10.º.

Para compreender a abordagem do TEDH, é necessário esclarecer que, como na maioria dos sistemas jurídicos europeus, o texto da CEDH reflete liberdades fundamentais não absolutas ou ilimitadas. A interpretação de tal raciocínio pressupõe "*ter em conta a justificação filosófica que fundamenta a proteção da liberdade de expressão na Europa em geral*"⁵. A resposta de Karl Popper ao conhecido paradoxo da tolerância, onde afirma, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes continua a ser essencial para o funcionamento eficiente de um Estado de Direito.⁶

Apesar disto, entre os meios e instrumentos utilizados pelos Estados para conciliar as várias liberdades, a questão-chave que se coloca é a de saber se tal balanço implica a utilização do Direito Penal para regular o exercício da liberdade de expressão.

³ *Garaudy v. France*, no. 65831/01, TEDH, 2003-IX.

⁴ Em casos, por exemplo, como *Lehideux and Isorni v. France*, também sobre a negação do Holocausto. Ver: *Lehideux and Isorni v. France*, no. 24662/94, TEDH, 1998-O VII.

⁵ Garibian, S. (2008). Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law. *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9(2), 479-488. P. 480.

⁶ Desenvolvido em: Popper, K. (2018). *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*. Almedina.

O Direito Penal permanece o modo clássico de regulação utilizado para manter a segurança jurídica comunitária em sociedades multiculturais como a nossa. No entanto, tem havido um número crescente de estudiosos que alertam para os perigos de uma intensa ação penal. Embora a criminalização desempenhe o seu papel na proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o seu efeito pode ser precisamente o contrário ao desejado, e tal deve ser evitado a todo o custo.

Casos como *Garaudy v. France* podem opor menos dúvidas, uma vez ser bastante perceptível as consequências do dito negacionismo nas nossas sociedades. Parece muito simples, pelo menos na minha visão, que o Direito Penal deve ser a sanção aplicável nestes casos, quando a ofensa é bastante grave na desconstrução dos valores em que se baseia a luta contra o racismo e, em particular, o antissemitismo. No entanto, quando adicionamos certos elementos, a solução pode revelar-se menos óbvia.

O CASO PERINÇEK V. SWITZERLAND

Sinto-me compelida a abordar, de seguida, o caso *Perinçek v. Switzerland*⁷, também entre a jurisprudência do TEDH.

Este caso diz respeito a declarações públicas de Dogu Perinçek, secretário-geral do Partido dos Trabalhadores Turcos, que retratou o genocídio arménio como uma mentira internacional. A Associação Suíça-Arménia apresentou uma queixa-crime contra Perinçek, e o Tribunal Distrital Suíço considerou-o culpado de violar o artigo 261.º § 4 do Código Penal Suíço.⁸

Em junho de 2008, Perinçek apresentou recurso no TEDH. Além de outros motivos que alegou justificarem a sua pretensão, Perinçek afirmou que os tribunais suíços violaram indevidamente o seu direito à liberdade de expressão. A Câmara concluiu que este estava, efetivamente, correto; e que, tendo em conta todas as circunstâncias, a condenação não era providência necessária em uma sociedade democrática.⁹

Agora, no que *Perinçek v. Switzerland* difere do anteriormente mencionado *Garaudy v. France*?

⁷ *Perinçek v. Switzerland*, no. 27510/08, TEDH 2015.

⁸ Artigo que impõe prisão até três anos ou multa contra "qualquer pessoa que (...) negue, grosseiramente banalize, ou procure justificar um genocídio ou outros crimes contra humanidade".

⁹ Artigo 10.º (2), Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em primeiro lugar, é importante observar que, como mencionado anteriormente, os precedentes jurisprudenciais relacionados com o negacionismo histórico distinguem-se pela interação entre o artigo 10.º e o artigo 17.º da CEDH. Analisando a ordem casuística vigente no TEDH, a intervenção estatal cumpre o propósito do artigo 10.º se a medida em questão for prescrita por lei; prosseguir um objetivo legítimo; e for considerada necessária e proporcional ao bom funcionamento de uma sociedade democrática. O artigo 17.º, por sua vez, retira da proteção da Convenção qualquer atividade destinada “à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos”¹⁰ – tem o chamado “*guillotine effect*”¹¹

Em *Perinçek v. Switzerland*, o TEDH esforçou-se por justificar por que razão o regime excecional elaborado em relação à negação do Holocausto é inaplicável à negação de outros factos históricos, evitando estabelecer uma hierarquia entre acontecimentos igualmente dolorosos. Apesar disto, os princípios aplicados à negação do Holocausto permanecem únicos na jurisprudência do Tribunal; e provas factuais mostram que todos os outros tipos de negacionismo histórico requerem uma corroboração muito mais específica.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 exige que os Estados proibam por lei o “*ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência*”.¹² A rejeição do discurso de ódio e a obrigação da repressão deste não tem apenas uma dimensão interna, mas também uma vertente internacional. No entanto, quando falamos da rejeição do negacionismo histórico no panorama internacional, não encontramos obrigação de semelhante natureza. Embora a negação do genocídio possa, por vezes, ser equiparada ao discurso de ódio, não existem obrigações específicas de criminalização a nível internacional.

Em 2008, o Conselho da UE adotou uma decisão-quadro sobre o combate através da ação penal contra determinadas formas e expressões de racismo e xenofobia¹³. Os Estados-Membros podem punir aqueles que “*publicamente*” neguem ou banalizem

¹⁰ Lobba, P. (2017). Testing the “Uniqueness”: Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights. Em U. Belavusau & A. Gliszczyńska-Grabias (Eds.), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History* (p. 109-128). Cambridge University Press. P. 117.

¹¹ Cohen-Jonathan, G. (2001). Le droit de l’homme à la non-discrimination raciale. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2001(46), 665-689. P. 665.

¹² Artigo 20.º (2), Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

¹³ DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO 2008/913/JAI, de 28 de Novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia.

"crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, tal como definidos nos artigos 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional".¹⁴

A liberdade de expressão é um conceito multifacetado que, cada vez mais, rege os Estados e os obriga, legalmente, a adotar um "nível mínimo de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas"¹⁵. Em um Estado de Direito democrático não pode existir a possibilidade de restrições arbitrárias à liberdade de expressão. Assim sendo, a regulamentação sobre a negação histórica deve basear-se em sintomas tangíveis de dano. Há que evitar uma repressão nacional da liberdade de opinião, e a negação deve ser punida sob preocupações da ordem pública, e não agendas políticas.

Com esse objetivo, o TEDH – através de *Perinçek v. Switzerland* – aditou um novo elemento ao tema da criminalização do negacionismo: para que uma sanção penal se justifique, a declaração deve estar associada a um incitamento ao ódio ou à violência. Este mecanismo protege o Tribunal da aplicação de restrições injustificadas à liberdade de expressão, evitando que a irrefutável presunção de culpa aplicada à negação do Holocausto se espalhe por outras formas de negacionismo.

Os tribunais americanos sempre se mostraram relutantes em punir alguém pelas suas ideias ou expressões. *Perinçek v. Switzerland* representa um ponto de viragem na jurisprudência do TEDH, reduzindo a distância entre os dois lados do Atlântico. A Europa está a revolucionar o seu panorama jurídico, enfraquecendo gradualmente a proteção criminal da liberdade de expressão e impondo respostas jurídicas alternativas.

CONCLUSÃO

O conceito de Direito Penal Internacional compreende, no seu âmbito, a ideia de que justiça não é apenas justiça penal. A liberdade de expressão não deve ser usada como uma “espada” no combate ao negacionismo – mas sim como um escudo.¹⁶ É necessária a existência de uma resposta legal eficiente à negação dos crimes contra a humanidade, mas a ação penal deve ser um instrumento – entre muitos outros – para a prevenção da prática de atrocidades em massa. Apesar disto, muitos estudiosos já negaram a

¹⁴ Artigo 1.º (3) da DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO 2008/913/JAI.

¹⁵ Recital 13 da DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO 2008/913/JAI.

¹⁶ Lipstadt, D. (1993). *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. Penguin Books Ltd.

indispensabilidade da intervenção do legislador criminal neste domínio, em defesa da adoção de medidas preventivas de informação e sanções administrativas e civis¹⁷.

A meu ver, existem notáveis vantagens na atuação penal a nível do negacionismo histórico, especialmente no que respeita aos fins educativos do julgamento e à conservação da verdade histórica. Por exemplo, uma vez que a Ucrânia não adotou quaisquer sanções penais relativas à negação do Holodomor, muitos políticos de alto nível¹⁸ têm abertamente negado a sua existência. Acredito que esta questão poderia ter sido potencialmente evitada através de um quadro penal mais severo.

Por outro lado, consigo também reconhecer que enfatizar a função simbólica do julgamento em detrimento dos próprios parâmetros de atribuição de responsabilidade penal pode induzir-nos a um julgamento político e, portanto, injusto. Existem soluções jurídicas alternativas que podem proporcionar uma solução mais eficiente enquanto trazem, de igual modo, justiça às partes afetadas.

Atualmente, com a tendência crescente de desinformação, e pelo fenómeno de globalização em curso, a minha sugestão é combinar medidas civis e criminais; ajustando soluções de diferentes naturezas conforme o caso em questão, sem esquecer os padrões de proporcionalidade e igualdade impostos (e o muito importante princípio *ne bis in idem*). Cada caso tem as suas diferentes peculiaridades – e, portanto, uma solução diferente, consoante a sua utilidade para a estabilidade comunitária.

¹⁷ Fronza, E. (1999). Profili Penalistici del Negazionismo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XLII(3), 1034-1074.

¹⁸ Miguel Tiago, representante oficial do Partido Comunista Português, negou abertamente o Holodomor na sua conta oficial do *twitter*. Ver: Miguel Tiago [@migueltiago]. (2021, 18 de agosto). *O Holodomor não precisa que o negue. Só existe nas mentes dos nazis ucranianos*. [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/migueltiago/status/1427991746491920401>

BIBLIOGRAFIA

1. ACÓRDÃOS DO TEDH

Garaudy v. France, no. 65831/01, TEDH, 2003-IX.

Perinçek v. Switzerland, no. 27510/08, TEDH 2015.

Lehideux and Isorni v. France, no. 24662/94, TEDH, 1998-VII.

2. ARTIGOS CIENTÍFICOS

Smith, R. (2010). Legislating against Genocide Denial: Criminalizing Denial or Preventing Free Speech?. *The University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, 4(2), 128-137. Retirado de: <https://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=ustjlpp>

Chidiac, G. (2020). Trivialization of news creating a world of mediocrity. *Troy Media*. Retirado de: <https://troymedia.com/education/trivialization-of-news-creating-a-world-of-mediocrity/>

Garibian, S. (2008). Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law. *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 9(2), 479-488. Retirado de: http://doc.rero.ch/record/19946/files/Garibian_Cardozo_journal_postp.pdf

Lobba, P. (2017). Testing the “Uniqueness”: Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights. Em U. Belavusau & A. Gliszczynska-Grabias (Eds.), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History* (p. 109-128). Cambridge University Press. Retirado de: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=241124005024106080113027010116013066007003009040033092067067108077116023028084028102114017055054029044016126096017091116118017008000007082048027125093083022071082074061093077021121097088019092069111018104072123106123015097116028081011077104003001082022&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

Cohen-Jonathan, G. (2001). Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001(46), 665-689. Retirado de:

https://www.jurisquare.be/fr/journal/revtrimdrh/2001-46/le-droit-de-l_homme-a-la-non-discrimination-raciale/index.html

Fronza, E. (1999). Profili Penalistici del Negazionismo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XLII(3), 1034-1074. Retirado de: https://www.academia.edu/46557526/Profili_Penalistici_del_Negazionismo

Lobba, P. (2015). Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime. *European Journal of International Law*, 26(1), 237–253. Retirado de: shorturl.at/nrPRT

Pruitt, W. (2017). Understanding Genocide Denial Legislation: a Comparative Analysis. *International Journal of Criminal Justice Sciences (IJCJS)*, 12(2), 270-284. Retirado de: <https://ijcjs.com/pdfs/Pruittijcjs2017vol12issue2.pdf>

Cascione, C. (2016). Genocide Denial and Freedom of Expression in the Perinçek Case: A European Overruling or a New Approach to Negationism?. *Question of International Law*, 2016(28), 5-18. Retirado de: http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2016/05/02_Negationism_CASCIONE_FIN.pdf

Belavusau, U. (2015). Memory Laws and Freedom of Speech: Governance of History in European Law. Em András Koltay (ed.), *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (p. 537-558). Wolters Kluwer. Retirado de: <https://ssrn.com/abstract=3031296>

Kahn, R. (2010). Flemming Rose, the Danish Cartoon Controversy, and the New European Freedom of Speech. *California Western International Law Journal*, 40(2), 254-290. Retirado de: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=cwli>

Kucs, A. (2014). Denial of Genocide and Crimes against Humanity in the Jurisprudence of Human Rights Monitoring Bodies. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 40(2), 301-319. Retirado de: https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1369183X.2013.851477?casa_token=mdwdBLAT0GUAAAAA:lc6lFTU5h285e7FEopImhM0vVDgTERYqy6xhjkWfCSNAYd7fAEIb4nuFyOZVBtwIfJ24B8bWYEcU3Q

Rosenfeld, M. and Bollinger, L. (1987). Extremist Speech and the Paradox of Tolerance. *Harvard Law Review*, 100(6), 1457-1481. Retirado de: <https://www.jstor.org/stable/1341168>

3. LIVROS

Fronza, E. (2018). *Memory and Punishment: Historical Denialism, Free Speech, and the Limits of Criminal Law*. Springer.

Lipstadt, D. (1993). *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*. Penguin Books Ltd.

Hennebel, L. and Hochmann, T. (2011). *Genocide Denials and the Law*. Oxford University Press.

Popper, K. (2018). *A Sociedade Aberta e os Seus Inimigos*. Almedina.

4. DOCUMENTOS DA UE

Briefing do Parlamento Europeu. *Holocaust denial in criminal law – legal frameworks in selected EU Member States*. Retirado de: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698043/EPRS_BRI\(2021\)6_98043_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698043/EPRS_BRI(2021)6_98043_EN.pdf)

5. TRATADOS

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. (1999).

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. (1966). Assembleia Geral das Nações Unidas.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. (1950).

6. LEGISLAÇÃO

DECISÃO-QUADRO DO CONSELHO 2008/913/JAI, de 28 de Novembro de 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia.

7. REDES SOCIAIS

Miguel Tiago [@migueltiago]. (2021, 18 de agosto). *O Holodomor não precisa que o negue. Só existe nas mentes dos nazis ucranianos.* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/migueltiago/status/1427991746491920401>

LISTA DE ABREVIATURAS

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

UE – União Europeia

P. – Página

No. - Número